



JURISPRUDENCIA APLICADA A LA PRÁCTICA

La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)

POR CLAUDIA DE MIRANDA AVENA
Doctoranda

Colaboradora Honorífica del Departamento de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

POR GONZALO MARTOS MARTÍNEZ
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
Abogado

Resumen: En este artículo se examina la Sentencia del Tribunal Constitucional español 59/2008, de 14 de mayo, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del mandato de igualdad en relación a la discriminación por razón de sexo que contempla el art. 153.1 del Código Penal, en su redacción dada por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Para llevar a cabo este análisis, se realiza una breve aproximación al principio de igualdad contemplado en el art. 14 de la Constitución española y, desde la perspectiva del Derecho Constitucional y Penal, se valora la posición del Tribunal Constitucional acerca de la protección penal establecida.

Palabras clave: Culpabilidad. Discriminación positiva. Inconstitucionalidad. Presunción de inocencia. Principio de igualdad. Proporcionalidad. Protección penal. Víctima. Violencia de género.

Abstract: This article analyses the ruling of the Spanish Constitutional Court 59/2008, dated May 14th, which rejects the possible unconstitutionality due to gender discrimination of article 153.1 of the Criminal Code, as drafted in the article 37 of the Organic Law 1/2004, of December 28th, of Measures of Integral Protection against Gender Violence. To this goal, a brief approach to the principle of equality stated in the 14th article of the Spanish Constitution is performed, and the ruling of the Constitutional Court will be commented from the perspective of Constitutional and Criminal Law.

Keywords: Affirmative actions. Criminal protection. Equality. Guilt. Partner violence. Presumption of innocence. Proportionality. Unconstitutionality. Victim.

SUMARIO:

- I. Consideraciones preliminares
- II. Sucinta exposición de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- III. Principio de igualdad
 1. Concepto y alcance

2. Discriminación positiva en Derecho Penal
- IV. Fundamentos de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 153.1 del Código Penal
- V. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal
- VI. Conclusiones

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

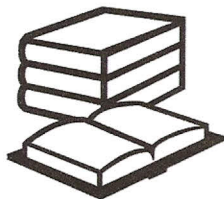
La elaboración de este trabajo obedece a una doble razón criminológica y de política criminal por los diversos problemas que en él se suscitan. La violencia en el seno de la pareja —*intimate Partner violence*— se ha convertido en un gravísimo problema social que debe ser objeto de dos análisis complementarios, tanto el jurídico como el sanitario (1). En este trabajo nos centramos en la aplicación de la «lógica punitiva», fundamentalmente en el agresor y los problemas referentes a la constitucionalidad en la aplicación del art. 153.1 del Código Penal, reformado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El legislador español, siguiendo las recomendaciones de los Organismos Internacionales y, en particular, las del Parlamento Europeo que hacen referencia a la violencia sobre la mujer, ha elaborado en el año 2004 un catálogo amplio y bien equilibrado de medidas de diversa naturaleza, dirigidas a combatir de forma integral la violencia de género. La LO 1/2004 surge con carácter multidisciplinar para luchar desde todos los ámbitos contra esta forma de criminalidad, y con ella se establecen medidas de sensibilización e intervención (2).

La Ley Orgánica 1/2004, en su Título IV (Tutela Penal), incorpora al Código Penal unos nuevos tipos en los que se agravan las consecuencias de ciertos comportamientos cuando el autor —varón— es o ha sido marido o compañero sentimental de la víctima —mujer—, aunque no haya existido convivencia. Concretamente en su art. 37, la Ley introduce en el párrafo 1.º del art. 153 del Código Penal un subtipo agravado con respecto al contemplado en el párrafo 2.º, con penalidad distinta, en el tipo de lesiones en el ámbito familiar, cuando la víctima sea la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable.

Aunque la Ley 1/2004 represente el avance de la sociedad en la percepción de que la violencia contra las mujeres constituye una práctica intolerable, la protección de la mujer contra la violencia en el ámbito de su privacidad por su condición de mujer no fue aceptada de manera pacífica (3). De tal suerte que las modificaciones operadas en el CP por esta Ley han sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad en las que se plantea la vulneración de los principios constitucionales.

Así pues, la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo (4), resolvió la cuestión referida al art. 153.1 del Código



- (1) Vid. para todo el trabajo de GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, 4.ª ed., Valencia, 2008, pp. 188 y ss.
- (2) Véase MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, p. 13 y pp. 56-57.
- (3) Véase ASÚA BATARRITA, «La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 10. También, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El maltratado singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC09-12 (2007), p. 5: «A pesar de suponer lo que podríamos designar como el nacimiento del Derecho penal sexuado en nuestro país, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género surgió en un marco de conflictividad. La idea de proteger a las mujeres frente a ataques que se producen contra ellas justamente por su condición de mujeres no se aceptó pacíficamente, y las voces críticas se dejaron oír ya incluso antes de la tramitación parlamentaria de la Ley como proyecto».
- (4) Es importante poner de relieve que esta sentencia es la primera de muchas otras sentencias referidas al art. 153 CP publicadas posteriormente como STC 80, 81, 82 y 83/2008, de 17 de julio, 95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, de 24 de julio.

El fundamento de la agravación para la especial vulnerabilidad se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima

Penal (5), estableciendo su conformidad con los preceptos constitucionales (6) y, consecuentemente, determinando su carácter vinculante a todos los jueces y Tribunales, de acuerdo con el art. 5.1 LOPJ (7).

II. SUCINTA EXPOSICIÓN DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica, en cuanto a las modificaciones que realiza al Código Penal, tiene como objetivo actuar contra la violencia como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (art. 1.1 de

la LO 1/2004), haciendo que el problema de la violencia de género deje de estar en el ámbito de la privacidad, en el ámbito del hogar y, principalmente, deje de constituir *lo que para algunos sigue siendo en la actualidad, un «delito invisible»* (8).

En su Título IV, la LO 1/2004 modifica algunas normas de Derecho Penal material, lo que agrava la respuesta punitiva (9). Así, se elevan a la categoría de delito las coacciones (art. 172.2) y las amenazas leves (arts. 148.4.º y 171.4) contra la pareja o ex pareja aun sin convivencia, así como contra otras personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, además de prever un tipo cualificado de delito de lesiones en el art. 153 (10).

El art. 153 sufre modificaciones sustanciales, ya que se incluye un supuesto cualifica-

- (5) **Art. 153.1 del Código Penal:** «1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».
- (6) En sentido contrario, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo» a la decimocuarta edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 19: «Esta sentencia del Tribunal Constitucional debe ser rechazada porque, regresivamente, lesiona principios esenciales del Estado de Derecho y del Derecho penal democrático». También, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre la denominada “violencia de género”», *ABC*, 28 de mayo de 2008, p. 12: «[...] La sentencia comentada nace ya débil, carente del plus de legitimación que otorga el consenso, ya que expresa la voluntad aritmética de la mayoría del tribunal, pero no ha concitado el respaldo interno deseable en el seno del mismo. Exhibe, a mi juicio, una manifiesta carga ideológica en su fundamentación, no siempre bien dosificada. Su discurso es dogmático e incluso apodíctico y circular. Pero, como sentencia interpretativa, se queda a medio camino por su ambigüedad e indefinición, frustrando las exigencias de la seguridad jurídica. [...] a mi juicio, el TC debía haber proclamado de forma explícita la inconstitucionalidad de las mismas [...]».
- (7) **Artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:** «1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».
- (8) En este sentido, MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 08-02 (2006), p. 6.
- (9) Véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: «[...] de acuerdo con este dogma de fe del feminismo, en su versión fundamentalista, de que *cualquier* vía de hecho, por muy leve que sea, constituye *siempre* una manifestación de machismo, los artículos 33 y siguientes LVG imponen una pena superior a *idénticas conductas* —lesiones, coacciones y amenazas—, en función de si han sido ejecutadas por una persona perteneciente al sexo masculino o femenino [...]» [en «Prólogo» a la decimocuarta edición del *Código Penal*, *op. cit.*, p. 18.].
- (10) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El maltratado singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad», *op. cit.*, p. 4: «[...] no es hasta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en que, en palabras de MAQUEDA ABREU, puede comenzarse a hablar de un Derecho penal sexuado [...]».

do en su apartado 1, en el maltrato singular, convirtiendo en delito la falta de lesiones del art. 617, cuando el menoscabo psíquico o la lesión no definida como delito, el maltrato de obra sin lesión, se produzca sobre la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una relación análoga a la del matrimonio, aun sin convivencia, o sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (11).

En lo que respecta a los sujetos, únicamente el hombre puede ser sujeto activo, mientras que solo la mujer puede ser sujeto pasivo. Por otra parte, es un delito especial porque solamente puede ser cometido por aquellos sujetos que reúnan las características exigidas por el tipo: esposo, ex esposo, conviviente de hecho o ex conviviente de hecho, novio o ex novio, es decir, que exista o haya existido una relación de afectividad aun sin convivencia. Por otro lado, por la vía de la expresión persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, cabe entender que el hombre o la mujer pueden ser sujeto activo y sujeto pasivo del delito, teniendo la exigencia tasada por el artículo de la convivencia con el autor, independientemente de la relación que pueda concurrir con la víctima. De conformidad con la doctrina jurisprudencial, el fundamento de la agravación para la especial vulnerabilidad se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones de naturaleza personal (edad, enfermedad, etc.) o mixta (situación en que se encuentre). Así pues, la concurrencia de la especial vulnerabilidad habrá de valorarse en cada caso concreto y atendiendo a la confluencia de tales elementos (12).

La modificación del tipo cualificado se encuentra en el mínimo de la pena, que será de seis meses —la del tipo básico será de tres meses— a un año de prisión, pero se mantiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, que será de treinta y uno a ochenta días, además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, hasta cinco años, cuando el juez o el tribunal lo estimen adecuado para el interés del menor.

Así, como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 1/2004, se ha abierto un importante debate social y jurídico sobre la creación de tipos específicos y penas agravadas en los delitos en los que el autor es un hombre y la víctima una mujer.

III. PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. Concepto y alcance

El art. 14 de la Constitución española de 1978 establece que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Se entiende que la Ley no puede ser dictada sin tener en cuenta el principio de igualdad (13). Dicho principio debe ser asumido tanto por el juez como por el le-

(11) Téngase en cuenta que, además de que las faltas hayan desaparecido en este ámbito, se incluyen en este tipo el maltrato de obra sin resultado lesivo y la lesión que no requiere para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico.

(12) Véase DELGADO MARTÍN, J., *Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Colex, Madrid, 2007, pp. 110-112.

(13) Véase GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2003, 7.ª ed., pp. 350-351: «El principio de igualdad guarda una conexión bastante estrecha con el principio de democracia económica y social. La democracia económica y social abarca dos dimensiones de la tríade clásica: *liberté y égalité*. De conformidad con el texto constitucional, no se puede interpretar el principio de igualdad como un "principio estático" indiferente a la eliminación de las desigualdades [...]. La igualdad material postulada por el principio de igualdad es también la igualdad real conducida por el principio de democracia económica y social. En esta perspectiva, el principio de la democracia económica y social no es un simple "instrumento", no tiene una función instrumental con respecto al principio de igualdad, aunque se le pueda señalar una "función conformadora" tradicionalmente rehusada por el principio de igualdad: garantía de *igualdad de oportunidades* y no solo de una cierta "*justicia de oportunidades*". Ello significa el *deber de compensación positiva de la "desigualdad de oportunidades"*. El principio de igualdad y el principio de la democracia económica y social

gislador, y debe propiciar la creación de un Derecho igual para todos los individuos.

El derecho a la igualdad supone que, en principio, todos tienen derecho a que la Ley los trate por igual y prohíbe, por tanto, la discriminación. Ahora bien, no cualquier trato desigual es discriminatorio: solo lo es el trato desigual no basado en causas objetivas y razonables.

Por más discrecionales que puedan ser los criterios de la política legislativa, el legislador encuentra en el principio de igualdad la primera y más fundamental de sus limitaciones (14).

La Ley no debe ser fuente de privilegios o persecuciones, sino instrumento regulador de la vida social, que tiene que tratar equitativamente a todos los ciudadanos. Este es el contenido político-ideológico del principio de igualdad recogido en los textos constitucionales.

Es insuficiente recordar la tan aclamada, y tantas veces repetida, afirmación de ARISTÓTELES según la cual la igualdad consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales (15). Debemos reconocer la importancia de su procedencia y afirmar su validez como premisa o punto de partida, pero hemos de negarle el carácter de término de llegada, ya que entre uno y otro extremo converge la incertidumbre provocada por la siguiente pregunta: ¿cuándo la desigualdad justifica la discriminación sin quebrantar el principio de igualdad? Es necesario determinar cuáles son las discriminaciones jurídicamente

tolerables o legítimas. El mandato de igualdad no solo exige que la Ley establezca diferencias objetivas y razonables en la norma; también determina que las diferencias entre quienes son destinatarios de la norma y quienes no lo son, sean proporcionales en relación con el fin de la misma (16).

El Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien están prohibidas las normas que discriminan por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, en ocasiones se admite que estos motivos de discriminación puedan utilizarse excepcionalmente como criterios de diferenciación jurídica; aunque en tales supuestos resulta mucho más estricto enjuiciar la legitimidad de las diferencias y las exigencias de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional ha establecido que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tendrá una justificación objetiva y razonable cuando esté basado en diferencias entre mujeres y hombres en ámbitos concretos de la realidad social y no depare unas consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida por dicha diferenciación (17).

La Constitución española, en su art. 9.2, exige la intervención de los poderes públicos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva, cuando establece que «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cul-*

se conengan recíprocamente en una "unidad" que no se puede reducir a momentos unidimensionales de "estática" o "dinámica" de igualdad. En síntesis, se puede concluir que el principio de igualdad es, simultáneamente, un principio de igualdad de Estado de derecho (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) y un principio de democracia económica y social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*). [La traducción es nuestra.]

- (14) Véase BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 9-10.
- (15) Véase ARISTÓTELES, *Política*, Martin Claret, São Paulo, 2004, Traducción de Torrieri Guimarães, p. 83: «Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales». [La traducción es nuestra.]
- (16) ZOCO ZABALA, C., «Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: sentencias del tribunal constitucional 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 20, 2008, p. 6. Cfr. SSTC 114/1987; 116/1987; 123/1987; 209/1988, Y 46/1999, entre otras.
- (17) ZOCO ZABALA, C., «Violencia de género ocasional...», *op. cit.*, p. 5.

tural y social». Cabría interpretar que estamos ante un mandato constitucional de optimización que obligaría, con las debidas cautelas, a ir mejorando el ordenamiento jurídico, en este sentido, como el único camino viable para acelerar la igualdad entre hombres y mujeres (18).

2. Discriminación positiva en Derecho Penal

Como hemos expuesto, superado el modelo de Estado burgués, que abarcaba la dimensión meramente formal del principio de igualdad, el ente estatal pasa a intervenir en la vida en sociedad para hacer efectiva la isonomía, abarcando su dimensión sustancial y, de esta manera, reconociendo las diferencias esenciales entre los individuos. Así pues, nos encontramos entre una «discriminación legítima» y una posible «discriminación ilegítima» (19).

Como ha establecido el propio Tribunal Constitucional, «el trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales no solo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigido por dicho principio y constituye un instrumento ineludible para su debida efectividad» (20). Así pues, estaremos ante una «discriminación legítima» siempre que esta medida responda a los requisitos constitucionales para su implementación (21).

Asimismo, MARTÍN VIDA (22) señala que se deben añadir a dicha definición otros aspectos fundamentales: a) las personas que se benefician de la medida deben encontrarse en una situación de desventaja «pre-

cisamente por su pertenencia (activa o no, consciente o no) a un cierto colectivo, pertenencia determinada a su vez por la posesión de algún rasgo completamente inmutable e íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como ser humano»; se señala que ese rasgo definitorio no supone ninguna inferioridad real, aunque sobre él se construye una discriminación estructural (no una acción discriminatoria específica), no siempre claramente visible, sin un responsable claro y definido, lo que dificulta su corrección y eliminación; b) la aplicación de la medida ha de suponer un beneficio inmediato para la persona o personas que pertenecen al grupo discriminado; y c) el objetivo es eliminar la desventaja que sufre la persona a la que va dirigida esta medida (23).

La diferenciación busca igualar lo que de hecho es desigual. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el ámbito de aplicación de las medidas no es individual: no se pretende igualar a un individuo concreto con otros, sino a individuos por su pertenencia a un colectivo; lo que al final incidirá positivamente en los niveles de igualdad de ese grupo y, con ello, de la sociedad entera. Las acciones de discriminación positiva buscan igualar colectivos e inciden en individuos concretos solo en tanto en cuanto pertenecen a esos grupos.

Tanto la Ley 1/2004 como la STC 59/2008 se fundamentan en la acción positiva como medio para hacer efectivo el precepto de igualdad constitucional. Debemos tener en cuenta que diversos preceptos de la Ley 1/2004 no plantean problemas de constitu-

(18) GUTIÉRREZ, P., «Trabajo institucional», *Leviatán: Revista de Hechos e Ideas*, núm. 71, 1998, p. 100.

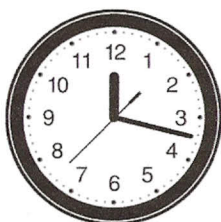
(19) SILVA NETO, M. J., *Curso de Direito Constitucional*, Lumen Juris, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2009, pp. 639-645.

(20) Véase STC 3/83 de 25 de enero.

(21) Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «La mujer víctima de la violencia de género: Legislación penal y sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (ed.); MARTÍNEZ FRANCISCO, M. Nieves y MIRANDA DE AVENA, Claudia de (coords.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Colmares, Granada, 2009, p. 57: «[...] Por eso se mantiene que el establecimiento de diferentes tratamientos legales a favor de colectivos que sufren discriminación real, aunque no formal, no es una práctica contraria al principio de igualdad, ni tan siquiera es su excepción, sino su complemento o instrumento [...]». Cf. RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 643: «[...] puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias [...]».

(22) Véase MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 37-41.

(23) Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La mujer víctima de la violencia de género*, op. cit., p. 57.



Más complicada es la cuestión de la responsabilidad penal personal, como derivación de la dignidad de la persona, en la que el autor solo puede ser imputado por los delitos o faltas que efectivamente ha ejecutado

cionalidad, porque hacen referencia, respecto a la campañas de información y sensibilización (art. 3), a los principios y objetivos del sistema educativo (arts. 4 y 6 a 9), o a la regulación de la publicidad y de la actuación de los medios de comunicación (arts. 10 a 14), etc.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que la discriminación positiva y el Derecho penal son incompatibles (24), ya que el Derecho penal se mueve por criterios que nada tienen que ver con las *affirmative actions*. Se entiende que «este tipo de políticas solamente adquieren sentido en aquellos sectores del ordenamiento jurídico que se ocupan de regular la distribución de recursos escasos en la sociedad —como el Derecho administrativo o el Derecho laboral—, puesto que se trata de implantar medidas concretas destinadas a favorecer la participación social de los grupos marginados mediante la concesión de ventajas directas en el acceso a los bienes» (25).

El Derecho penal se ocupa de los autores y de las víctimas individualizadamente considerados, mientras que las acciones positivas se dirigen a los grupos o colectivos. Debido a que el incremento de la pena no beneficia al colectivo de mujeres, las medidas deberían ir encaminadas a establecer una mayor protección de la mujer.

Todavía más complicada es la cuestión de la responsabilidad penal personal, como

derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), en la que el autor solo puede ser imputado por los delitos o faltas que efectivamente ha ejecutado. Como bien ha señalado el profesor GIMBERNAT, puede que este precepto esté alejándose de la responsabilidad penal personal y aproximándose a la *Sippenhaftung* (responsabilidad por la estirpe) del Derecho germánico medieval, según la cual la responsabilidad de quien había cometido un delito se podría extender al grupo al cual pertenece (26).

Además, se considera inadmisibles el *automatismo* en la aplicación de las sanciones penales más graves. Es decir, se hace una presunción *iuris et de iure* —que no admite prueba en contrario— en la cual la agravación se aplica de forma automática, sin necesidad de probar la situación de inferioridad o vulnerabilidad y sin que se exija en cada caso la prueba de que el varón actúe movido por la intención de mantener una relación de dominación o de incidir en la desigualdad o en la discriminación de la mujer. Así, todo acto de violencia de un hombre contra su esposa o compañera sería considerada una manifestación de discriminación y desigualdad. Entendemos que la concurrencia de la violencia machista no puede presuponerse (27), sino que debe ser acreditada en el juicio oral, por lo que sería inconstitucional si dicha violencia

(24) Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La mujer víctima de la violencia de género*, op. cit., p. 61. También en el mismo sentido, MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género versus violencia doméstica*, op. cit., entre otros autores. También, LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 07-08 (2005).

(25) En este sentido, LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», op. cit., p. 20: «Todo ello es completamente ajeno a un ámbito sancionador como el Derecho penal, cuya función primordial se concentra en el aseguramiento de las condiciones básicas que permiten a todos los individuos el pleno goce de los derechos fundamentales».

(26) Véase GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo» a la decimocuarta edición del *Código Penal*, op. cit., p. 22.

(27) En el mismo sentido, HUERTA TOCILDO, S., «El principio de igualdad en el Derecho penal», en GÓMEZ CAMPELO, E., *Igualdad de Género: una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008. Sostiene la autora que en el art. 153 no hay «un cambio cualitativo —de falta a delito— por razón de sexo de la persona afectada, sino una simple agravación que bien pudiera justificarse por la mayor debilidad física o vulnerabilidad psicológica que normalmente tiene la mujer en el seno de tales relaciones»; y apunta que lo criticable está en la «presunción *iuris et de iure* que el automatismo de tal agravación comporta». Por tanto, concluye que, tratándose del art. 153 no existen problemas de constitucionalidad, que, sin embargo, sí se plantean en los arts. 171, 172 (en los que si hay cambio cualitativo). También QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson-Aranzadi, 6ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 119-120, sostienen que «podría entenderse la fórmula agravatoria empleada por la ley como una presunción *iuris et de iure* de pluriofensividad [...] la violencia de género entrañaría pues una doble victimización: la de la mujer como persona y la del género femenino como colectivo social subyugado y oprimido [...] se eleva así una categoría criminológica, cuya validez explicativa de un determinado fenómeno social aquí no se cuestiona, a tipo delictivo».

fuera avalada indiscriminadamente y prescindiera de las particularidades del caso concreto (28). De manera que la violencia machista debería ser sustentada y acreditada, evitando que se vulnere la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (29).

La reforma implementada por la Ley 1/2004 difícilmente puede explicarse a partir de la lógica de las acciones positivas. Más allá del marco genérico que dibuja el art. 9.2 CE al imponer a los poderes públicos el deber de remover los obstáculos que dificultan a algunos ciudadanos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cierto es que la opción político-criminal de conceder una tutela reforzada a la mujer poco tiene que ver con la técnica de las acciones positivas en sentido estricto. Su sentido y justificación se encuentra en otro tipo de consideraciones relacionadas con los fines y contenido del Derecho penal (30).

Así pues, para algunos autores, los argumentos basados de modo exclusivo en los fines del Derecho penal permiten explicar las nuevas agravantes de género, sin que resulte necesario forzar un concepto como el de acción positiva, cuyo ámbito natural es el de aquellos sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular la distribución de bienes escasos.

IV. FUNDAMENTOS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA EN RELACIÓN CON EL ART. 153.1 DEL CÓDIGO PENAL

El 8 de agosto de 2005 se registró el escrito por el cual el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestionaba la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal español (31), en la relación dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por haber entendido que infringía los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo (32).

La cuestión de inconstitucionalidad parte de que el precepto presupone un sujeto activo hombre, un sujeto pasivo mujer y una relación actual o pasada conyugal o de afectividad análoga, entendiendo que la imposición de una pena mayor para las agresiones causadas por el varón a la mujer en el ámbito de la pareja vulnera el art. 14 de la CE. Afirma que tal discriminación de trato por razón de sexo carece de una justificación objetiva y razonable, y además, que no existe proporcionalidad entre la medida, el resultado producido y la finalidad pretendida (33).

(28) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo» a la decimocuarta edición del *Código Penal*, *op. cit.*, 2008, p. 21: «[...] la violencia machista podría ser combatida por el Derecho penal introduciendo una pena agravada cuando el delito sea una manifestación de aquélla, de la misma manera que combate la xenofobia con la agravante 4.ª del artículo 22 [...] Y así, por ejemplo, si un delincuente tiene decidido previamente atracar un banco matando al cajero y, una vez que ha entrado en el local, percibe que ese cajero es una persona de color, y dispara contra él, matándola, en ese robo homicida no concurre la agravante de "motivos racistas": porque el ladrón, que no tiene por qué tener una ideología ultraderechista de carácter nazi, no ha matado al cajero porque fuera negro, sino simplemente porque era el cajero [...]».

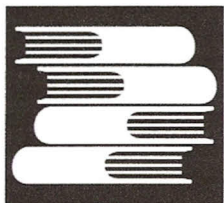
(29) Véase el Voto Particular del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez: «Sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género», destacando que al no introducirse el móvil de género en el art. 153.1 y hacerse referencia sólo a los sujetos y su relación, se ha producido una «falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado de la Ley [...] que genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador [...] incompatible con el imperativo de taxatividad [...]». Considera que la inconstitucionalidad del art. 153.1, por contrariar la presunción de inocencia, está en la «presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo [...]».

(30) Véase LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral», *op. cit.*, p. 20.

(31) Según VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El maltratado singular cualificado por razón de género», *op. cit.*, p. 9, a lo largo del año 2006-2007 fueron admitidas más de cuarenta cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas al artículo 153.1 de Código Penal.

(32) *Vid.* su texto en la nota 5 de este trabajo.

(33) Véase SÁNCHEZ CONDE, M. A., «Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *LA LEY*, 15 de julio de 2008, núm. 6989, año XXIX, p. 1.



Considera que, en el ámbito penal, la desigualdad de trato no puede justificarse a través de la doctrina de la «acción positiva», ya que no existiría un desequilibrio previo ni escasez de bienes a los que accede la mujer, y que el precepto no puede ser concebido como una fórmula de reparación o compensación colectiva por la discriminación sufrida por la mujer a lo largo de la historia.

Argumenta que, por la propia naturaleza penal de las medidas que introduce, transformando en delito la falta de lesiones, infringe el principio de proporcionalidad de las penas.

Entiende que la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que puede procurar la elevación de la pena no justificaría la selección del sexo del sujeto activo, ni tampoco los datos estadísticos de que la mayoría de las agresiones, integrantes en el tipo, sean cometidas por hombres.

Sostiene que la concurrencia de la violencia machista no puede presuponerse, porque considerar, indiscriminadamente y prescindiendo de las particularidades del caso concreto, que la conducta del varón es una manifestación de un abuso de superioridad sobre la mujer sería contrario a la Constitución.

Además, considera el precepto como una recuperación del derecho de autor, ya que, al establecer una presunción en la conducta penal descrita, el legislador ha incorporado una extensión de grupo al concreto individuo juzgado, poniendo en peligro los principios de seguridad jurídica y legalidad. De manera que el sujeto activo se erige, por razón de su pertenencia al grupo masculino, en agresor cualificado.

Para la magistrada titular del Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, acudir al abuso de superioridad del hombre sobre la mujer como presunción *iuris et de iure* vulneraría el

derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y, finalmente, presumir en el hombre una superior capacidad de ataque o de debilitación por el solo hecho de serlo y, consecuentemente, una capacidad limitada o disminuida de defensa en la mujer, por el hecho de serlo, constituiría una lesión al derecho a la dignidad de la mujer (art. 10 CE).

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 153.1 DEL CÓDIGO PENAL

La Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, en relación con el art. 153.1 del Código Penal, por una mayoría de siete votos contra cinco, concluyendo que dicho precepto no es contrario a la Constitución española.

El Tribunal Constitucional argumenta, mediante su doctrina sobre el art. 14 (síntetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 (34), que dicho precepto acoge dos contenidos diferenciados, el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Consagra dicha norma como el derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual que obligue a los poderes públicos a respetarlo, de manera que, en los supuestos de hecho iguales, se establezcan consecuencias jurídicas iguales, mientras que, para introducir un tratamiento desigual, tenga que existir una suficiente justificación de tal disparidad, siendo fundada y razonable. Así pues, el Tribunal Constitucional declaró que la igualdad reconocida en el art. 14 de la Constitución no implica una prohibición de diferenciación, sino que es compatible con el trato diferenciado cuando la diferencia jurídica persiga un fin discernible y legítimo y las consecuencias de la diferencia no sean desproporcionadas (35).

(34) El Tribunal Constitucional subraya que dicha sentencia fue recogida posteriormente, entre muchas otras, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5.

(35) Véase LARRAURI PIJOAN, E., «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p. 8: «La prohibición de discriminación también está contenida en el artículo 14. Pero parece ser —si entiendo bien— que el TC discute la compatibilidad del art. 153.1 con el principio de igualdad general (art. 14.1) y no con la prohibición de discriminación contenida en el art. 14.2 de la Constitución, porque el motivo exclusivo de la diferenciación no es el sexo, sino el ámbito relacional en el que se producen las agresiones (en este sentido también STC 76/2008 de 3 de julio, de 2008)».

No es el sexo en sí lo que el legislador toma en consideración con los efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos comportamientos

El Tribunal considera que, por las conductas inculadas en el art. 153.1 del Código Penal, y las razones de su tipificación dadas por el legislador, el sexo de los sujetos activos y pasivos del delito no es un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, dado que la diferenciación normativa la fundamenta el legislador en castigar unas agresiones que considera que son más graves y reprochables, a partir del contexto de desigualdad y subordinación de determinadas mujeres en las relaciones de pareja.

La sentencia señala que la finalidad principal de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género es prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer en tal contexto, garantizando que sus bienes básicos, su libertad y dignidad estén suficientemente protegidos. Se destaca que el bien jurídico protegido es la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador considera insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja y, consecuentemente, se subraya la lucha contra la desigualdad como finalidad legítima de dicha norma por motivos de prevención de los comportamientos agresivos. Además, el tribunal fundamenta la diferencia de penalidad y la restricción de una mayor pena a los autores hombres por consideraciones preventivas a causa de razones basadas en el merecimiento.

El tribunal considera que no solo está justificada la finalidad de dicha norma, sino también su adecuación a dicha finalidad, justificando la diferencia de trato —la distinta penalidad— en función de las «*altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja*»; asimismo, la restricción del sujeto activo al hombre es adecuada a la finalidad de la norma, al tener dichas agresiones un mayor desvalor que cualquiera otra en este ámbito relacional en función de constituir un arraigado tipo de violencia.

Así pues, no es el sexo en sí lo que el legislador toma en consideración con los efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos comportamientos, a partir del ámbito relacional en que se producen y del significado objetivo que adquieren, como una manifestación de una grave desigualdad histórica; lo que conlleva a la necesaria intervención de los poderes públicos a favor de la lucha contra estas desventajas, consideradas por el tribunal como contrarias a la dignidad de la persona que se recoge en el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

La Sentencia destaca que el tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que el art. 14 CE prohíbe pueden ser utilizados *excepcionalmente* como criterio de diferenciación jurídica, siempre que se enjuicie y acredite la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad de manera estricta. Considera que la igualdad sustancial es «*elemento definidor de la noción de ciudadanía*» (36) y «*contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable igualdad*» (37).

Subraya el tribunal que no estima que esta razonabilidad de la diferenciación produzca consecuencias desproporcionadas, dado que entiende la pena de privación de libertad como instrumento idóneo, ya que la diferencia punitiva se reduce a tres meses de privación de libertad en límite inferior de la pena, coexistiendo pena alternativa igual en ambos tipos, además de la opción de rebaja de la pena en un grado. De manera que considera dicha diferenciación como significativamente limitada, frente a la trascendencia de la finalidad pretendida por el legislador.

Finalmente, estima que el precepto en cuestión tampoco contraría el principio de culpabilidad penal, ya que el legislador

(36) STC 12/2008, FJ 5.

(37) STC 59/2008, de 14 de mayo.

no presume ningún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad del varón, tales como el abuso de superioridad o la vulnerabilidad de la víctima, sino que aprecia un mayor desvalor y una mayor gravedad en la conducta; y tampoco sanciona al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta; por la consciente inserción de la misma en una concreta estructura social a la que él y solo él coadyuva con su violenta acción.

Así pues, el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal sobre la base de dos clases de consideraciones: a) en primer lugar, la de que serían más graves y lesivas las vías de hecho ejercidas por el hombre sobre su pareja o ex pareja del sexo femenino, por lo que entiende que la mayor penalidad prevista para el sujeto activo cumpliría el «objetivo de combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad»; y b) fundamentándolo en las «altísimas cifras» de este tipo de violencia.

VI. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —aprobada por unanimidad en el Parlamento español tanto con los votos de los representantes del Partido Socialista como los de la oposición, el Partido Popular— introdujo una disparidad de trato punitivo, y el entendimiento de que ello había venido producido por razones exclusivamente sexistas ocasionó una amplia discusión por parte de la doctrina en torno a la constitucionalidad de esta norma.

La amplísima frecuencia con que se produce este tipo de agresiones y la polémica sobre su constitucionalidad en el seno de algunos órganos judiciales ha motivado que hayan sido diversas las cuestiones planteadas ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, tras la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, se resolvió la

cuestión en relación al art. 153.1, considerándolo conforme a la Constitución española, con lo que se hace previsible la misma postura en lo que respecta a los arts. 148.2, 153.3 y 4, 171.4, 5 y 6 y 172.2 del Código Penal con especial referencia a las SSTC 81/2008, de 17 de julio, 127/2009, de 26 de mayo, además de las SSTC 45/2009, de 19 de febrero, 100/2008, de 24 de julio, y 82/2008, de 17 de julio.

Los defensores de la Ley Integral acudieron desde un principio a la idea de acciones positivas en cuya virtud se trata de justificar la adopción de medidas concretas de fomento y protección destinadas a equilibrar la posición de desventaja inicial en la que se encuentran las mujeres como consecuencia de la discriminación que, por razón de su sexo, vienen padeciendo desde tiempos remotos. Tales acciones son imprescindibles en lo que concierne al ámbito social, laboral y familiar, donde se pone de manifiesto la existencia de esta desigualdad estructural, pero se cuestiona su adecuación en el Derecho Penal, cuya finalidad principal es garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales.

Por otro lado, no es menos cierto que el legislador penal ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial del Código Penal fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales (ex toxicómanos, trabajadores sin permiso, menores e incapaces etc.) expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales (vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal, etc.), y que la mujer es una de esas víctimas propicias ante la violencia masculina, como lo demuestra el dato suministrado por la estadística judicial de que acapara el 91,1% de los casos de maltrato, lo que justifica que la ley otorgue una protección preferente (38).

Desde luego, la violencia sobre la mujer es una realidad abrumadora que debe ser combatida de manera eficaz, de manera que no nos cabe duda acerca de la legitimidad de la *ratio legis* y la necesidad de

(38) En este sentido, MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social», *op. cit.*, pp. 11-12.

una intervención penal más intensa en materia de género. Ahora bien, nos cuestionamos si dicha intervención no debería ser articulada de otra manera con la introducción de una agravación de género no presumida, sino probada en el caso concreto, para evitar de esta manera lesiones al principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución española.

Finalmente, consideramos que una respuesta penal particularmente intensa con la opción de convertir determinadas faltas en delitos —sin, en cambio, agravar los delitos más graves por razón de género y a costa de los criterios de proporcionalidad— constituye un camino equivocado que se vuelve contra el fin perseguido de esta ley, cuyos valores destacados son los

de la tolerancia y resolución pacífica de los conflictos.

Nadie cuestiona la necesidad de acudir al Derecho Penal para proteger a las mujeres frente a los actos de violencia de sus parejas y disminuir o eliminar las consecuencias de dichas conductas intolerables, pero creemos que aún no se ha encontrado la respuesta más perfecta a la cuestión. Y creemos que ésta es la labor del jurista: criticar, perfilar la norma y adecuarla a la realidad jurídica, reconociendo como indispensable reservarle una tutela reforzada frente a los actos de maltrato físico y psíquico sufridos en el ámbito de las relaciones de pareja y superar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres como fruto de un modelo cultural de género.